

# KAMU YÖNETİMİ TEMEL KANUNU TASLAĞINDAKİ ANAYASAYA AYKIRILIKLAR

**Dr. Onur Karahanoğulları**

## GİRİŞ

Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı Taslağı, akademik kamuoyunun olduğu kadar toplumsal muhalefet odaklarının gündemini de uzun süredir işgal ediyor. Tasarıya ilişkin önemli siyasal itirazlar yükseliyor. Toplumsal muhalefet odakları, mesailerinin önemlice bir kısmını bu taslağı değerlendirmeye hasrediyor. Radikal sol hareketlerden, üniversite çevrelerine kadar pek çok kesim bu tasarıyı eleştiriyor.

Henüz Türkiye Büyük Millet Meclisine hükümet tasarısı olarak sunulmamış ve komisyonlarda görüşülmemiş olan yasa taslaklarını incelemek gerçek bir güçlük taşıyor. Üzerinde sürekli oynamalar yapılan taslak, sabit bir değerlendirmeye olanak tanımaz. Çeşitli sürümler ortaya çıkar. Önemli görülen bir madde üzerinden akademik veya siyasal duruş üretildiğinde, taslağın yeni bir sürümünde, sözkonusu maddenin kaldırıldığı ya da çözülmesi gereken gizli bir dille yeniden yazıldığı görülmektedir. Bu nedenle yapılacak taslak değerlendirmelerinde, yasayla düzenlenmek istenen “konu” esas alınmalı, yasanın yazımındaki ayrıntılar ayıklanmalıdır. Yazımda kullanılan “gizli dil”i açığa çıkarmak için “amaçsal yorum yöntemi”ni zorlayarak kullanmaktan kaçınılmalıdır. Özellikle, bu tip taslakların olabildiğince “düz” okunması, tasvir ve analiz gücünü artıracaktır. Taslakların yazım ve yenidenyazım sürecinin, perde arkasında yürütülen pazarlıklara açık olması, bu pazarlıklara yakın veya bunlardan haberdar olan kişilerce yapılan yorumları kaçınılmaz olarak yoğun şüphecilikle malûl kılmaktadır.

Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı Taslağı, son dönemlerdeki en çok ilgi çeken hukuksal düzenleme oldu. Medyatik gündem oluşturma ölçütünü bir yana bırakırsak, toplumsal/siyasal ilgi ve eleştiriler bakımından, Yüksek Öğretim Kanunu Taslağını bile geride bıraktı. Taslak hakkında, akademik görüşler, sendikal raporlar, bildiriler hazırlandı, toplantılar, paneller düzenlendi.

Taslağın temel konusu, merkezi idare ile yerel idareler arasında yeni bir görev/yetki bölüşümü yaratmak ve kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi konusunda merkezi ve mahalli idarelere genel ve toptan yetki vermektir.

Bu taslağa ilişkin pek çok siyasal değerlendirme yapılmıştır. Bu yazının konusunu, sözkonusu saptama ve eleştirilerin değerlendirilmesi oluşturmamaktadır. Tartışmalarda görülen önemli eksiklik, konunun teknik hukuki yönüne ilişkin değerlendirmelerin zayıflığıdır.

İktidarın, siyasal programını hayata geçirebilmesi için bunu hukuksal metinlere dönüştürmesi gerekir. Bu noktadan sonra, siyasal projeler hukuki bir dil kazanır ve hukuksal yapının gereklerine uygun olmak zorundadır. Hukuksal metinlere dönüşmüş siyasal projelerin değerlendirmesi, hukuk tekniğine ilişkin verileri ve bilgileri gerektirir.

Hukuksal biçim kazanmış siyasal projelerin, hukuk düzeni içinde değerlendirilmesi sıkıcı da olsa, önemlidir. (Doğru olmasa da) düzgün hukuksal

çözümlemenin ürettiği veriler siyasal çözümlemeleri de kolaylaştırır. Daha önemlisi siyasal projenin hukuksal yapı içindeki “olabilirliğinin” incelenmesi, siyasal duruşlara destek de üretebilir. Bu nedenle, Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı Taslağı’nın hukuksal çözümü acil bir ihtiyaçtır.

Bu yazımızda sözkonusu çözümleme, taslağın anayasaya uygun olup olmadığının değerlendirilmesiyle sınırlı biçimde gerçekleştirilecektir. Anayasayı değiştirme gücüne sahip bir iktidar için, siyasal projelerini içeren yasanın anayasa aykırı olduğu eleştirisi gerçek bir engel teşkil etmeyebilir. Ancak unutulmamalıdır ki, anayasa değişikliği, parlamentodaki sayısal güce dayanma kolaycılığını aşan önemli toplumsal/siyasal sorumluluklar üstlenmeyi gerektirir. Cumhurbaşkanının rolü ve referandum olasılığı ile anayasa değişikliği yolu, iktidarlar için tercih edilebilir bir süreç olmayabilir.

Değerlendirmemize ilk olarak Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı Taslağı’nın temel iskeletini oluşturan düzenlemeleri özetleyerek başlayalım. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, taslağın temelleri merkezi idare ile mahalli idareler arasındaki görev bölüşümünün yeniden yapılması ve merkezi idare ile mahalli idarelere tüm kamu hizmetlerini özel sektöre gördürülebilme yetkisi verilmesidir.

### Özet

<p><b>Kamu yönetiminin kuruluş ve işleyişinin temel ilkeleri:</b>İdarede görev ve yetki, hizmetten yararlanana <u>en yakın birime verilir.</u></p> <p><b>Merkezi idarenin genel yetkileri,</b><u>ulusal ve bölgesel</u> kamu hizmetlerinin <u>genel ilke ve politikalarını belirlemek</u>, ve <u>gerektiğinde</u> örgütlenerek yerine getirmek,</p> <p><b>Merkezi idare tarafından yürütülecek görev ve hizmetler</b> 7.maddede <u>teker teker konu olarak</u> sayılanlar ve diğer kanunların <u>münhasıran</u> merkezi idareye yüklediği <u>ulusal ve bölgesel</u> hizmetler.</p> <p><b>Mahalli idarelerin görev, yetki ve sorumlulukları,</b><u>merkezi idarenin</u> 6 ve 7.maddelerde ve diğer kanunlarda <u>sayılan görevleri dışında kalan hizmetler</u> ve <u>mahalli müşterek ihtiyaçlar.</u></p> <p><b>Merkezi idare ile mahalli idareler arasındaki ilişkiler</b>merkezi idare, hizmetlerini illerde valilik ve <u>kaymakamlıklar</u> tarafından gerçekleştirilecek; idare, mahalli idarelerin görev alanlarında, hizmet veremeyecek.</p>
--

<p><b>Kamu hizmetlerinin gördürülmesi</b>Merkezi idare ve mahalli idareler, hizmetleri, özel sektöre ve sivil toplum örgütlerine gördürülebilir.</p>
--

Yasa taslağının kurduğu bu yeni yetki ve görev (işlev) bölüşümünü, Anayasa’nın idarenin örgütlenmesine ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde değerlendirmek gerekir.

## ***I. Mahalli İdarelerin, Merkezi İdare Karşısında Genel Görevli Duruma Getirilmesi***

### ***A. Anayasal İdari Yapı: Merkezi İdare - Mahalli İdare Dengesi***

Bireyin devlet karşısındaki hakları ve devlet iktidarının örgütlenmesi, temel kurallarıyla anayasada düzenlenir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, beş kısımdan oluşmaktadır. Anayasa’nın sistematığının izlenmesi, devletin kuruluşu konusunda da bilgi verir.

- **Birinci Kısım, genel esaslardır (m.1-11).** Genel esaslarda, Cumhuriyet'in nitelikleri ve devlet organlarının (yasama, yürütme ve yargının) görev alanlarına ilişkin temel ilkeler; eşitlik ilkesi ve anayasanın bağlayıcılığı kuralı düzenlenmiştir.
- **İkinci Kısım, temel hak ve ödevleri (m.12-74)** düzenlemektedir.
- **Üçüncü Kısım, Cumhuriyetin temel organlarını (m.75-160)** düzenlemektedir. Burada, yasama, yürütme ve yargı ayrıntılı düzenlenmiştir. Konumuz açısından önemli olan, bu "Kısımın", ikinci "bölümü"dür. Aşağıda ayrıntılı olarak değerlendirilecektir.
- **Dördüncü Kısım, mali ve ekonomik hükümleri (m.161-174)** içermektedir.
- **Beşinci Kısım ise, çeşitli hükümler** başlığının taşımaktadır.

Devlet örgütlenmesinin temel ilkelerine ilişkin düzenlemeler, diğer bölümlerde dağınık olarak bulunan hükümler dışında, *Cumhuriyet'in Temel Organları* başlıklı Üçüncü Kısımın, *Yürütme* başlıklı İkinci Bölümünde bulunmaktadır. İkinci bölümün, dördüncü alt başlığı *İdare*dir. Bu altbaşlıkta "idarenin esasları", "idarenin kuruluşu", "yargısal denetimi", "kamu görevlileri" ve diğer konular düzenlenmiştir. Anayasal düzenlemedeki sistematığı görmek için bu başlıkları alt alta dizmenin yararlı olacağını düşünüyoruz:

#### ÜÇÜNCÜ KISIM: CUMHURİYETİN TEMEL ORGANLARI

##### İKİNCİ BÖLÜM: Yürütme

##### IV. İdare

##### A. İdarenin esasları

##### 1. İdarenin bütünlüğü ve kamu tüzelkişiliği (m.123)

##### C. İdarenin kuruluşu

##### 1. Merkezi idare (m.126)

##### 2. Mahalli idareler (m.127)

Anayasanın bu sistematığından yola çıkarak idarenin parçalı kurulduğunu söyleyebiliriz. *Merkezi idare, mahalli idare ve kamu tüzelkişilikleri*.

Bunlardan sonuncusu, Anayasada, genel bir hukuksal kurum olarak düzenlenmiş, Yükseköğretim kurumları, radyo ve televizyon kurumu, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu dışında Anayasa'da doğrudan düzenlenmemiştir. Belirli kamu hizmetleri, çıkarılan yasalarla kamu tüzelkişileri olarak örgütlenebilmektedir. İdare hukukunda bunlar, *hizmet yerinden yönetim kuruluşları* adıyla sınıflandırılmaktadır. Bu sınıflandırma ve adlandırma Anayasa'da bulunmamaktadır. Kamu tüzelkişiliği kurulmasına olanak tanıyan Anayasa hükmü, hizmet yerinden yönetim kuruluşlarının dayanağıdır. Kamu tüzelkişiliği oluşturularak idarenin örgütlenmesinde yeni parçalar yaratmak mümkündür. Hizmet yerinden yönetim kuruluşları, iktidarın coğrafi

örgütlenmesinden ziyade, devlet iktidarının belli bir hizmet özelinde örgütlenmesini içermektedir.

Anayasada, kamu tüzelkişiliği kurulabileceği belirtilmiş, yasallık dışında, konu ve usule ilişkin bir sınırlama getirilmemiştir. *Merkezi idare* ve *mahalli idareler* ise, Anayasa’da sadece yasama organına tanınan bir yetki olarak değil, içerik (konu) olarak da düzenlenmiştir.

Merkezi idare ile mahalli idareler, devlet iktidarının örgütlenmesinde hem hizmeti ve hem de coğrafyayı esas almaktadır. Merkezi ve mahalli idareler, idare örgütlenmesinin iki temel parçasını oluştururlar. İdare üstlenmiş olduğu hizmetleri ülke coğrafyasında iki parçalı olarak örgütlemektedir.

***İdarenin esasları*** altbaşlığında yer alan 123. maddenin II. fıkrasında bu *iki parçalı yapı* düzenlenmiştir: “*İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır.*”

İdarenin kuruluş esası olarak belirtilen merkezden yönetim ve yerinden yönetim, ***idarenin kuruluşu*** altbaşlığında yer alan “merkezi idare” başlıklı 126. maddede ve “mahallî idareler” başlıklı 127. maddede ayrı ayrı düzenlenmiştir.

Bu iki parçalı yapının, idarenin örgütlenmesinde parçalanma ve dağılmaya yol açmaması için, idarenin esasları arasında “bütünlük ilkesi”ne yer verilmiştir. İdarenin esaslarını düzenleyen 123. madde bütünlük ilkesiyle başlar: “*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür...*”

Konumuz bakımından önemli olan nokta, bu iki parçanın Anayasada düzenleniş biçiminde ortaya çıkmaktadır. Anayasanın sistematığında mahalli idarelerden önce gelen ***merkezi idare***, “İdarenin Kuruluşu” altbaşlığında şu biçimde düzenlenmiştir:

### ***“C. İdarenin kuruluşu***

#### ***1. Merkezi idare***

***Madde 126.- Türkiye, merkezi idare kuruluşu bakımından, coğrafya durumuna, ekonomik şartlara ve kamu hizmetlerinin gereklerine göre, illere; iller de diğer kademeli bölümlere ayrılır. (...)***

Maddeden anlaşıldığı gibi, merkezi idarenin kuruluşu esas olarak coğrafi bakımından düzenlenmiş, merkezi idare iktidarının coğrafyaya nasıl yayılacağı öngörülmüştür. Konumuz bakımından önemli olan, merkezi idare iktidarının “konusu”, yani üstlenmiş olduğu kamu hizmetleri bakımından bir düzenleme bulunmamasıdır. Merkezi idarenin yerine getireceği görevlere ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Bu noktaya ilişkin bir belirleme olarak maddede sadece “*kamu hizmetlerinin gereklerine göre ...*” ifadesi yer almaktadır. Bunun dışında konuya ilişkin bir sınırlama, merkezi idarenin hizmetlerine bir başka deyişle görevlerine ilişkin bir sınırlama bulunmamaktadır.

Mahalli idarelere ilişkin düzenlemeye geçmeden önce, “merkezi idare” teriminin ilk (düz) anlamının yarattığı bir yanlış anlama ihtimaline dikkat çekmek gerekiyor. Merkezi idare, tamlamadaki “merkez” sözcüğü nedeniyle, ülke coğrafyasının sınırlı bir bölümünde, sadece başkentte oluşturulan bir örgütü çağrıştırmaktadır. “Mahalli idare” ise, başkentte sıkışmış bu örgütün ülke coğrafyasında boş bıraktığı yerleri dolduran bir

idari yapı olarak anlaşılabilir. Gerçekte merkezi idare terimi, tüm ülkeyi kapsayan bir idari örgütlenmeyi anlatır. “Başkent teşkilatı” ve “taşra teşkilatı” ile bir bütündür.

Mahalli idareler, merkezi idarenin hemen arkasından düzenlenmiştir:

### **“C. İdarenin kuruluşu**

#### **1. Merkezi idare**

#### **2. Mahalli idareler**

**Madde 127.-** Mahalli idareler; il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileridir.

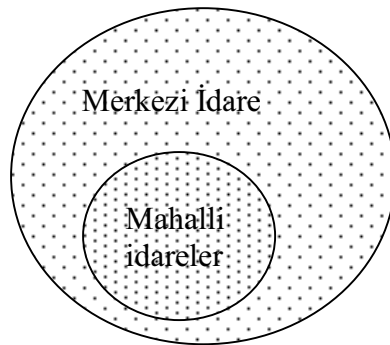
*Mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenlenir. (...)*

Görüldüğü gibi, mahalli idarelerin düzenlenmesi, hem coğrafyayı hem de konuyu esas almaktadır. İdarenin “mahalli idare” olarak örgütlenmesi, hem coğrafya ile hem de konuyla belirlenmektedir. İl, belediye ve köy, ülke bütünü sınırlı parçalarıdır. Konu bakımından da sınır sözkonusudur: “mahalli müşterek ihtiyaçlar.”

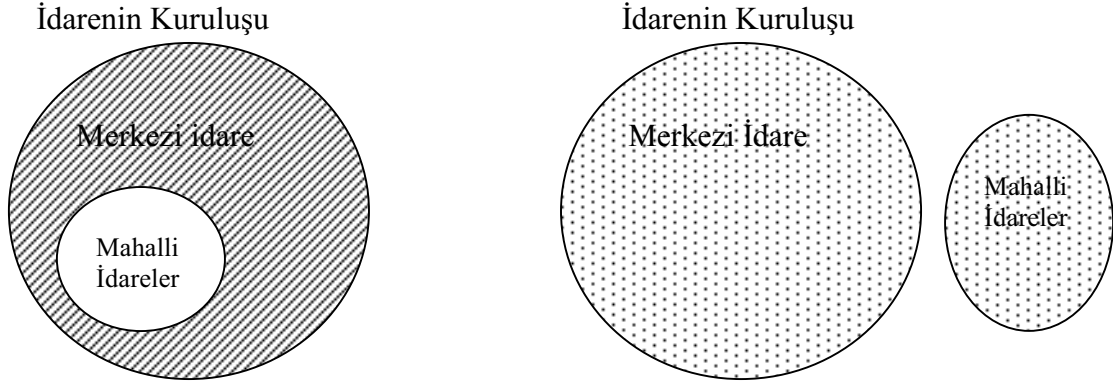
Devlet iktidarının ve kamu hizmetlerinin idari olarak örgütlenmesinde, mahalli idareler, merkezi idareden farklı olarak hem coğrafi bakımdan hem de konu bakımından sınırlıdır. Anayasaya göre merkezi idare, devlet iktidarı ve tüm kamu hizmetlerini illeri temel alarak ülke genelinde örgütlerken, mahalli idareler, sınırlı bir coğrafyada, ortak yerel ihtiyaçların karşılanması gibi sınırlı bir konuda örgütlenmektedir.

İdarenin kuruluşunda, merkezi idare konu ve coğrafya bakımından (kanunlar çerçevesinde) genel yetkili, mahalli idareler ise (kanunlar çerçevesinde) özel yetkilidir.

#### **İdarenin Kuruluşu**



Bu basit şekilde ifade edilmeye çalışıldığı gibi, merkezi idare, tüm ülke coğrafyasını esas alan genel görevli bir yapı oluştururken, mahalli idareler hem sınırlı bir coğrafyayı hem de bu coğrafya için geçerli olan özgül hizmetleri örgütleyen bir yapı oluşturmaktadır. İdarenin kuruluşuna ilişkin anayasal düzenlemeleri en yalın ve doğru anlatan şemanın bu olduğunu düşünüyoruz. Örneğin, aşağıdaki şekillerin ifade ettikleri yetki ve görev bölüşümü anayasal sistemimize yabancıdır.



Birinci şeklin ifade ettiği durum, yani mahalli idarelerin örgütlendikleri coğrafyada merkezi idarenin hizmet örgütlememesi Anayasada kurulmuş bulunan idari yapıyla terstir. İdarenin örgütlenmesinde, merkezi idare hizmetlerini tüm coğrafyada illeri birim olarak kuracak, mahalli idarelerin “mahalli müşterek ihtiyaçlar”ı karşılamak üzere kuracağı hizmetler ve örgütlenme, kendilerinin coğrafi alanlarıyla sınırlı olarak merkezi idarenin hizmetleri ve örgütüyle iç içe geçecektir. İkinci şeklin anlattığı durum da yani, mahalli idarelerin, idarenin kuruluşunda, merkezi idarenin tamamen dışında bir örgütlenme olarak tasarlanması da anayasada yapıyla çelişir. Anayasa, idarenin bütünlüğü ilkesini ve bunu sağlamak için getirilen vesayet denetimi kurumunu düzenleyerek bu olasılığı tamamen dışarıda bırakmıştır.

Kamu Yönetimi Temel Kanunu Taslağında kurulmaya çalışılan yapı, Anayasanın kurmuş olduğu yapıya açıkça aykırıdır. Yasanın bu haliyle çıkarılması halinde, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi güçlü bir olasılıktır. Zira, taslaktaki düzenleme, Anayasa’nın kurduğu mantığın tersini kurmaktadır. Anayasa’da, yerel yönetimlerin varlık nedeni, yerel ortak ihtiyaçların karşılanması için hizmet üretmekle sınırlanırken ve yerel yönetimlerin varlığı, sözkonusu alanda merkezi idarenin kuruluşunu dışlamazken, taslak tam tersi bir düzenleme getirmektedir. Merkezi idare tarafından yürütülecek görev ve hizmetler, teker teker konu olarak sayılmakta ve diğer kanunların münhasıran merkezi idareye yüklediği ulusal ve bölgesel hizmetlerle sınırlanmaktadır. Mahalli idarelerin görev, yetki ve sorumlulukları ise, merkezi idarenin bu kanun ve diğer kanunlarda sayılan görevleri dışında kalan hizmetler ve mahalli müşterek ihtiyaçlar olarak belirlenmektedir. Görüldüğü gibi, mahalli idareler genel görevli, merkezi idare ise özel görevli olarak kurgulanmaktadır.

Anayasaya göre, mahalli idareler, ancak il, belediye ve köy birimlerinde “mahalli müşterek ihtiyaçları karşılamak üzere oluşturulabilir. Taslağın, merkezi idare – mahalli idareler arasında kurduğu yetki ve görev bölüşümü, Anayasa’nın 126. ve 127. maddelerine aykırıdır.

Taslağın, merkezi idare – mahalli idareler arasında kurduğu yetki ve görev bölüşümü, anayasal dengeyi bozması nedeniyle anayasaya aykırı olduğu gibi, mahalli idarelere bırakılan hizmetlerin niteliği açısından da aykırılık sözkonusudur. Bu noktanın anlaşılabilmesi için Anayasa’nın kullandığı “mahalli müşterek ihtiyaçlar” teriminin ele alınması gerekmektedir.

## **B. “Mahalli müşterek ihtiyaçlar”**

Taslakta, merkezi idare tarafından yürütülecek hizmetler sayılmıştır. Bunun yanı sıra, merkezi idare hizmetlerinin sınırlanmış olmasının sonucu olarak, geçici maddelerde, yerel yönetimlere devredilecek merkezi idare örgütleri ve taşrada örgütlenemeyecek olan merkezi idare birimleri sayılmıştır.

Taslağın 7. maddesine göre, merkezi idare tarafından yürütülecek görevler, ikili bir mantıkla düzenlenmiştir. Doğrudan merkezi idare tarafından örgütlenip yerine getirilecek hizmetler ile merkezi idarenin planlayacağı veya yönlendireceği ve sadece ulusal düzeyde gereklilik ortaya çıktığı zaman üstlenebileceği hizmetler.

İlki için:

1. *“adalet,*
2. *savunma,*
3. *güvenlik,*
4. *istihbarat,*
5. *dış ilişkiler ve dış politika,*
6. *maliye,*
7. *hazine,*
8. *dış ticaret,*
9. *gümrük hizmetleri ile*
10. *piyasalara ilişkin düzenleme”* merkezi idarenin doğrudan yerine getireceği hizmetler olarak sayılmıştır.

Merkezin planlayıp yönlendireceği ve ancak ulusal düzeyde gerekli olursa üstlenebileceği hizmetler ise şunlardır:

1. *“Ulusal ve bölgesel düzeyde ekonomik, sosyal ve fiziki planları hazırlamaya, bölgeler arasındaki gelişmişlik farklılıklarını gidermeye yönelik program ve projelerin uygulanmasını sağlamaya ilişkin görev ve hizmetler*
2. *milli eğitimde eğitim ve öğretim birliğini sağlama, müfredatı belirleme ve geliştirmeye ilişkin görev ve hizmetler*
3. *Diyanetle ilgili; sosyal güvenlik; tapu ve kadastro, nüfus ve vatandaşlığa; acil durum yönetimi ve sivil savunma ile ilgili ulusal düzeyde yapılması gereken görev ve hizmetler.*
4. *vakıflarla ilgili görev ve hizmetler;*
5. *mahalli idarelere teknik ve mali yardımda bulunma, rehberlik yapma ve eğitim desteği sağlama görev ve hizmetleri.”*

Taslağın son hükümlerinde de taşra örgütleri yerel yönetimlere devredilecek merkez teşkilatları sayılmıştır. 1) Milli eğitim, 2) sağlık, 3) kültür, 4) turizm, 5) çevre, 6) orman, 7) tarım, 8) köy işleri, 9) sosyal hizmetler, 10) çocuk esirgeme, 11) gençlik, 12) spor, 13) sanayi, 14) ticaret, 15) bayındırlık ve 16) iskan konularındaki merkezi yönetim birimlerinin *örgütleri, personeli ve malvarlığı* yerel yönetimlere devredilmektedir (maddede, bakanlık isimleri belirtilmemiştir, biz burada aktarırken bakanlık isimlerini değil konuları esas alan bir sıralama yaptık.)

Merkezi idare hizmetlerinden, örgütlerinden ve malvarlığından mahalli idarelere yapılan bu devrin yanı sıra, bazı bakanlıkların taşra teşkilatı kurması olanağı da kaldırılmıştır. Bunlar, *adalet, milli savunma, dışişleri, milli eğitim, sağlık, tarım ve orman, ulaştırma ve haberleşme, sanayi ve ticaret, enerji ve tabii kaynaklar, kültür ve tanıtım, çevre ve imar bakanlığıdır* (bazı bakanlıkların isimlerinin yeni olduğuna dikkat.)

Toparlarsak merkezi idareye verilen, “adalet, savunma, güvenlik, istihbarat, dış ilişkiler ve dış politika, maliye, hazine, dış ticaret, gümrük, piyasalara ilişkin düzenleme ve kimi alanlarda planlama” görevlerine karşılık, mahalli idarelere -genel görevli hale getirildikleri için- “*bunlar dışındaki her türlü hizmet*” veya Taslaktan ismen saptayabildiğimiz 1) Milli eğitim, 2) sağlık, 3) kültür, 4) turizm, 5) çevre, 6) orman, 7) tarım, 8) köy işleri, 9) sosyal hizmetler, 10) çocuk esirgeme, 11) gençlik, 12) spor, 13) sanayi, 14) ticaret, 15) bayındırlık ve 16) iskan vb. konular verilmiştir.

Anayasa’nın “mahalli müşterek ihtiyaçları karşılamak” üzere kurulmasını öngördüğü mahalli idarelere verilen görevlerin karşılayacağı toplumsal ihtiyaçların büyük çoğunluğunun “yerel ortak ihtiyaç” olarak nitelenmesi mümkün değildir. Yerelliği aşan gereksinimler, özellikler ve sonuçlar sözkonusudur. Mahalli idarelerin varlık nedeni, bu hizmetlerin ilgisi zayıftır.

Merkezi idare ile yerel yönetimler arasında görev bölüşümüne ilişkin birçok kanun dava veya itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelmiş Mahkeme, bu vesilelerle mahalli müşterek ihtiyaç kavramına ilişkin değerlendirmelerde bulunmuştur.

Anayasa imar hizmetine ilişkin bir kararında, bu hizmetin yerel yönetimlerin görevleri arasında bulunup bulunmadığını saptayabilmek için “mahalli müşterek ihtiyaç kavramını değerlendirmiştir. Anayasa Mahkemesine göre, “*127. Maddede belirtilen ... mahalli müşterek ihtiyaç kavramı herhangi bir yerel yönetim biriminin sınırları içinde yaşayan kişi, aile, zümre ya da sınıfın özel çıkarlarını değil, aynı yörede birlikte yaşamaktan doğan eylemli durumların yarattığı, yoğunlaştırdığı ve güncelleştirdiği, özünde yerel ve kamusal hizmet karakterinin ağır bastığı ortak ihtiyaç ve beklentileri ifade etmektedir.* (AM., E.1988/14, K.1988/18, k.t.14.6.1988; Aynı yönde, Any.M., E.2001/377, K.2002/59, k.t.26.6.2002, R.G. 9.11.2002, sy.24931).”

İmar planları yapma yetkisine ilişkin olarak da benzer değerlendirmeler yapan Anayasa Mahkemesi, yerel yönetimler tarafından kamu hizmeti olarak karşılanan bu ihtiyacın karma nitelikte olduğunu saptamaktadır. Belediye ve mücavir alanları içerisinde nazım ve uygulama imar plânlarının yapılması yetkisinin belediyelerden alınarak Başbakanlık onayı ile Bayındırlık ve İskan Bakanlığına verilmesine olanak tanıyan yasaya ilişkin iptal kararında, yerel ortak ihtiyacın saf biçimde ortaya çıkmayabileceğini, geniş sonuçları nedeniyle bazı işlere merkezi idarenin müdahalesinin mümkün olduğunu kabul etmiştir: “*Yerel plânların, ülke ve bölge düzeyindeki plânlarla, çevresel ve varsa metropoliten alan planlamalarıyla uyum içinde olması gerekir. Bu nedenle imar plânlamasının mutlaka ve yalnızca yerel bir gereksinim olarak nitelendirilmesi zordur. İmar plânlarının bu çok yönlü durumu nedeniyle Yasakoyucu, yetkileri merkezî yönetim ile yerel yönetim arasında paylaştırmıştır. Merkezî yönetime bırakılan yetkilerin kamu yararı ve ülke geneli ile ilgileri nedeniyle sayılan özellikleri taşıyan somut yerlerle sınırlı makro düzeyde yetkiler olduğu görülmektedir. Anayasa’da imar plânı yapılması yetkisinin kime ilişkin olduğu her ne kadar açıklanmamış ise de, yerel imar plânlarının düzenlenmesinin her aşamasında insan ve yerel ortak*



*gereksinimlerin ön plânda yer aldığı gözardı edilemez (AM., E.1990/38, K.1991/32, k.t.26.9.1991)’’.*

Görüldüğü gibi, kentsel toprakların planlanmasına gibi yerellik niteliğinden kuşku duyulmayan bir ihtiyacın bile, ülke ve bölge düzeyindeki sonuçları merkezi idarenin yerel hizmetlere müdahil olmasını haklı kılmaktadır. Anayasal bölüşümde, mahalli idare bırakılan “mahalli müşterek ihtiyaçların karşılanması” görevi, ülke düzeyi ihtiyaçların gerekleriyle çerçevelenmiştir.

Nitekim, Güneydoğu Anadolu Projesi Bölge Kalkınma İdaresi Teşkilatı kurulmasına ilişkin 388 sayılı KHK’ye karşı açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi, GAP İdaresinin, yerel yönetimlerin alanında görevler üstlenmesini anayasaya aykırı görmemiştir. *“Anayasa, il, belediye ya da köy halkının yerel ortak ihtiyaçlarının, neler olduğunu belirlememiş, bunun saptanmasını yasaya bırakmıştır. Bu durumda yasa kamu yararını gözeterek Anayasa sınırları içinde merkezi yönetimle yerel yönetim arasındaki görev sınırlarını belirleyebilir. ... 388 sayılı KHK, yerel yönetimlerin yasal yetkilerine son vermemekte, bunların yeterli malî olanakları ve teknik kadrolarının bulunmaması gibi nedenlerle yapamadıkları plân ve alt yapı gibi hizmetlerin, kurulan bu örgüt tarafından yerel yönetimlere herhangi bir yük getirilmeden yapılmasını öngörmektedir. Zira, olağan durumda belediyeler, hali hazır harita, imar plânı ve uygulama imar plânı, yol, kanalizasyon, içme suyu gibi alt yapı hizmetlerini, malî güçleri ve teknik kadroları yeterli ise kendileri yapabilecekleri gibi İller Bankası’na yetki vererek ve borçlanarak da yaptırabilmektedirler. GAP Bölge Kalkınma İdaresi Teşkilâtı’nın, açıklanan bir çok konu ile birlikte sözü edilen hizmetleri de, hiç bir karşılık almadan ve borçlandırmadan yapmak ve bölgeyi kaldırmak için kurulduğu görülmektedir. Bu durum yerel yönetimlerle işbirliğini engellememektedir..... Bir bölgeyi ilgilendiren büyük ve çok yararlı bir projenin gerçekleştirilmesi için uygulamada birlik ve bütünlüğü sağlamak amacı güdülmektedir (AM., E.1990/ 1, K.1990/21, k.t.17.7.1990).’’*

Görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesi kararlarından verilen örneklerde, merkezi idare ile mahalli idareler arasındaki görev sınırlarına ilişkin sorunlar, merkezi idare yetkilerinin mahalli idareler aleyhine genişletilmesinden doğmuştur.

Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı ise, merkezi idarenin yetkilerini mahalli idareler lehine sınırlamakta, mahalli idarelerin yetkilerini yerel ortak ihtiyaçların karşılanmasının ötesine taşımaktadır. Merkezi idarenin, kamu hizmetlerinin gerekleri destek alarak mahalli müşterek ihtiyaçların karşılanmasına müdahale etmesi Anayasa Mahkemesinin içtihatlarıyla bir ölçüde mümkün olmasına karşılık, Anayasa’da ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarında yerel yönetimlere, mahalli müşterek ihtiyaçlar alanını aşarak ulusal kamu hizmetler alanında doğrudan görevler verilmesi anayasaya aykırıdır. Bu haliyle çıkarılacak Kamu Yönetimi Temel Kanunu, Anayasa’nın 127. maddesine açıkça aykırı olacaktır.

## **II. Kamu Hizmetlerine İlişkin Genel Özelleştirme Yetkisi**

Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısının 10. maddesi, kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi konusunda idarelere genel bir yetki vermektedir. “Kamu hizmetlerinin gördürülmesi”, başlıklı 10.maddeye göre, “*Merkezi idare ve mahalli idarelerin yetkili organlarının kararı ile uygun görülen hizmetler, ... özel sektöre ve alanında uzmanlaşmış sivil toplum örgütlerine gördürülebilir.*”

Anayasa’da, kamu hizmetlerinin özel kesime gördürülmesine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi kararlarıyla işlenmiş olan 128. maddeden, devlet tarafından doğrudan yerine getirilecek kamu hizmetlerine ilişkin sonuçlar üretilebilir. Bu sonuçların tutarlılık ve kesinliği aşağıda ele alınacaktır.

Taslağın 10. maddesinin getirdiği genel yetkilendirme, içerdiği konu bakımından olduğu gibi, düzenleme biçimi bakımından da Anayasa karşısında değerlendirilmelidir. Yasaların düzenledikleri konularla olduğu kadar düzenleme biçimleriyle de, idarenin yasallığı ilkesi ile yasama yetkisinin devredilmezliği ilkelerine aykırı olmamaları gerekir.

Aşağıda ilk olarak, kamu hizmeti - piyasa ilişkisi konusunda genel bilgi verilecek ve bu konuya ilişkin Anayasal düzenlemelere değinilecek; ardından da 10. madde düzenlemesi yasallık ilkesi açısından değerlendirilecektir.

#### **A. Kamu Hizmetlerinin Piyasaya Gördürülmesi**

Kamu (ya da konumuz bakımından, merkezi ve mahalli idareler), üstlenmiş oldukları kamu hizmetlerini, bizzat örgütlenerek, kendi malvarlığı ve personeli ile yerine getirebileceği gibi (emanet yönetimi) hizmetlerinin yerine getirilmesinde özel girişimcilerden (özel kesimden) de yararlanır. Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde kamunun, özel kesimden yararlanmasını kavramlaştırırken temel bir ayırım yapılmalıdır.

İlk olarak, kamu hizmetlerinin üretilmesi için gerekli olan mal ve hizmetler özel kesimden karşılanabilir. Hizmet kamusal örgüt tarafından yerine getirilmekle birlikte hizmetin işleyişi için gerekli olan bazı mal ve hizmetlerin piyasadan satın alınması gerekir. Bu durum genel olarak, kamu ihaleleri olarak adlandırılabilir. İkinci ise, hizmetin yerine getirilmesinin özele kesime bırakılmasıdır. Kamu hizmetinin yerine getirilebilmesi için gerekli tesislerin kurdurulması, kurulan tesislerin işletilmesi veya her ikisi birlikte özel girişimciye yaptırılabilir. Bu olasılıkta kullanılan hukuki ilişki biçimi, tüm hukuki tartışmalar bir yana genel olarak, kamu hizmeti imtiyazları olarak adlandırılabilir. “İmtiyaz” kavramı, kamu hizmeti olarak devletçe üstlenilen alanlarda toplumsal ihtiyaçları karşılayacak bir mal ve hizmet üretiminin, özel girişimcinin kendi sermayesiyle, olumlu ve olumsuz sonuçları, yani kâr ve zararı, yine kendi sermayesi üzerinde doğacak şekilde yerine getirmesi ve bunun karşılığında da sözkonusu kamu hizmetleri alanının, üretim ilişkileri alanının kurallarından kurtarılmış olma imtiyazından yararlanmasını ifa eder. Devletin kamu hizmeti faaliyetlerini doğrudan yerine getirdiği, tüm iktisadi sonuçların kamu kesiminde kaldığı “emanet” yöntemi ile bu faaliyetlerin sözleşme ile özel kişiler tarafından yerine getirilmesini ifa eden “imtiyaz” iki uçta yer alır. Bunlar Weber’in tanımladığı anlamda “ideal tip”lerdir. Bu iki uç arasında karma yöntemler olabilir.

İdarenin bu yöntemlerden herhangi birini seçebilmesi için yasal yetkilendirmenin bulunması gerekir. Yasal dayanağı olmadan, idarenin kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde özel kesimden yararlanması mümkün değildir (Anayasa m.123: “*İdare kuruluş ve görevleri ile kanunla düzenlenir.*”)

Yasallık koşulu dışında, Anayasa, hangi hizmetlerin bizzat idarece yerine getirileceği (emanet) ve hangi hizmetlerin yerine getirilmesinde özel kesimden yararlanabileceği konusunda doğrudan bir düzenleme getirmemiştir. Ancak, “*kamu hizmeti görevlileri ilgili hükümler*” başlıklı bölümde yer alan 128. madde ve bu düzenlemeye ilişkin Anayasa Mahkemesi kararları açıklayıcıdır.

Anayasa'nın 128.maddesinde yer alan "*Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar veya diğer kamu görevlileri eliyle görülür*" hükmüne ilişkin Anayasa Mahkemesi içtihadı, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi ve kamu hizmetlerinin hukuki rejimi konularında önemli açıklıklar getirmektedir. 128. maddenin mantığına göre, genel idare esaslarına göre kamu hizmeti yürüten bir yapıda idare, mutlaka kamu görevlisi çalıştırmak zorundadır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi kamu hizmeti teşkilatlarındaki hizmetin niteliğini araştırmakta, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken bir hizmetin varlığını saptarsa kamu görevlisini de aramakta bunun bulunmaması durumunda iptal kararı vermektedir.

Milli Savunma Bakanlığı hariç bütün kamu örgütlenmesindeki sağlık kuruluşlarının Sağlık Bakanlığı'nın kararıyla "kamu tüzelkişiliğini haiz sağlık işletmesine dönüştürüleceğini" ve bu sağlık işletmelerinde kadro karşılık gösterilmek suretiyle sözleşmeli personel çalıştırılabileceğini öngören düzenlemeyi denetleyen Anayasa Mahkemesi, özellikle personel bağlamında kamusal rejim ve kamu hizmetleri ilişkisini de değerlendirmiştir:

"(128.) Madde, yürütmekle yükümlü olunan kamu hizmetlerinin gerektirdiği görevlerden söz ederken, 'kamu hizmetleri'yle bağlantı kurmuş, hizmetlerin nitelik yönünden ayrılık taşıyacağı düşüncesinden hareketle devleti, kamu iktisadi teşebbüslerini ve diğer kamu tüzelkişilerini ayrı ayrı saymışsa da, hepsinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları hizmetleri kamu hizmeti olarak kabul etmiş ve bu hizmetleri görenlerin ancak memur ve diğer kamu görevlileri olabileceğini belirtmiştir (AM., E.1987/16, K.1988/8, k.t.19.4.1988, **AMKD**, sy.24, s.117)."

Anayasa Mahkemesi bir başka kararında, genel idare esaslarının sadece merkezi idare için geçerli olmadığını belirtmektedir.

"İster 'merkezden yönetim', ister 'yerinden yönetim' esası olsun, hepsi genelde idare çatısı altında ve 'idarenin bütünlüğü' ilkesi kapsamında aynı esaslara bağlıdır...Önemi ve değeri nedeniyle Devletin başlıca görevleri 'genel idare esasları'na göre yürütülmektedir. 'Genel idare esasları'na göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde kadro esastır. Bu hizmetlerin yapısal ve işlevsel özellikleri, onu diğer hizmetlerden ayırır. Bu görevlerde bulunan kimseler, yasaların güvencesi altındadır. Anayasa'nın 128. maddesinde genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerine ilişkin asli ve sürekli görevlerin ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yerine getirileceği belirtilmiştir. Bu görevlerin, kadroya bağlanması dışında, merkezi idare ile statüer bir ilişki içinde olması ve kamu gücünün kullanılması biçiminde özellikleri görülmektedir (AM., E.1992/44, K.1993/7, k.t.9.2.1993, **AMKD**, sy.29, s.275)."

Kural olarak özel yürütümün geçerli olduğu sınai veya ticari kamu hizmetleri örgütlenmelerinde de genel idari esaslarına göre yürütülmesi gereken unsurlar bulunduğu Anayasa Mahkemesi kararlarında da saptanmıştır. Saf özel yürütüm bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi, KİT'lerde kamu görevlisi istihdamına son veren bir düzenlemeyi "*KİT'lerin de genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri mutlaka vardır ve bunların da memurlar ya da diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerekir*" gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı bulmuştur (AM., E.1988/5, K.1988/55, k.t.22.12.1988, **AMKD**, sy.24, s.498).

Anayasa Mahkemesi'nin, Maden Kanun'a göre yönetmelikle tespit edilecek görevleri yürütmek üzere özel kişilerce kurulması öngörülen yeminli teknik büroların Anayasa'nın 128. maddesine aykırı olduğu sonucuna vardığı kararından bazı kamu hizmetlerinin özel kişiler tarafından yerine getirilemeyeceği sonucu çıkmaktadır.

"Anayasa'nın 128.maddesi 'Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar veya diğer kamu görevlileri eliyle görülür' dediğine göre kamu hizmeti göreceğinde kuşku bulunmayan yeminli teknik büro personelinin mutlaka 'memur' veya 'kamu görevlisi' olması gerekir. Bu nedenle dava konusu 48. madde, Anayasa'nın 'kamu hizmeti görevlileri' ile ilgili 128. maddesinin ikinci fıkrasına da aykırıdır (AM., E.1985/20, K.1986/30, k.t.24.12.1986, **Anayasa Yargısı (Föyvolan)** c.4, s. 145/3; Anayasa Mahkemesi, yeminli serbest mimarlık ve mühendislik büroları'na yapı ruhsatı verme yetkisi tanıyan İmar Kanunu değişikliğine ilişkin kararında da benzer gerekçeleri kullanmıştır. E.1985/11, K.1986/29, k.t.11.12.1986, **AMKD**, sy.22, s.458-459)."

Anayasa Mahkemesi'ne göre, "kamu hizmeti göreceğinde kuşku bulunmayan yeminli teknik büro personelinin mutlaka 'memur' veya 'kamu görevlisi' olması gerekir"; bu nitelikte olmayan kişilere kamu hizmetinin gördürülmesi Anayasa'ya aykırıdır. Özel kuruluştaki kamu görevlisi çalıştırılmadığı için iptal kararı verilmiştir.

Özel kişiler tarafından kurulan ve özel kuruluşlar olan yeminli teknik büro elemanlarının kamu görevlisi olabilmesi mümkün olmadığına göre Anayasa Mahkemesi'nin vardığı bu sonuç nasıl değerlendirilecektir. Kanımızca bu saptamadan, bazı kamu hizmetlerinin özel kişiler tarafından yerine getirilemeyeceği sonucu çıkacaktır. Buna göre, bazı kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi (yürütüm) yöntemi olarak emanet yöntemi benimsenmek zorundadır. Bir diğer olasılık da karardan, kimi kamu hizmetlerini görmekle görevlendirilen özel firmalarda "memur" çalıştırılabileceği sonucunu çıkarmaktır. Bu olasılık, idare hukuku ilkeleri çerçevesinde mümkün görünmemektedir. Anayasa Mahkemesi de hukuken tutarlı ve mümkün görünmeyen bir gerekçeye (bu kamu hizmeti özel kişiye gördürülürse özel firmada memur çalıştırılmalı) dayanmış olamayacağına göre, karardan bazı kamu hizmetlerinin özel kişiler tarafından yerine getirilemeyeceği sonucu çıkacaktır.

Karara göre, yeminli teknik büroların denetim gözetim görevi "devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerindendir". O nedenle de ancak memurlar veya diğer kamu görevlileri eliyle görülebilir. Yani doğrudan kamu örgütlenmesi tarafından yerine getirilebilir; özel kişiye yaptırılamaz. Anayasa Mahkemesi, "kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler"le kamu hizmetinin yürütülüş biçimleri arasında bir bağlantı kurmuştur.

Kamu hizmetlerinin hangilerinin kamu teşkilatınca hangilerinin özel kişilerce yerine getirileceğinin belirlenmesinde Anayasa Mahkemesi'nin başvurduğu yöntem kullanıldığında önemli bir sonuca ulaşılmaktadır. "devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları hizmetler" özel kişilere gördürülemeyecektir.

Kamu Yönetimi Temel Kanun Tasarısının 10. maddesi, "*Merkezi idare ve mahalli idarelerin yetkili organlarının kararı ile uygun görülen hizmetler, ... özel sektöre ve alanında uzmanlaşmış sivil toplum örgütlerine gördürülebilir*" düzenlemesi ile herhangi bir sınırlama ve hizmetler arasında herhangi bir ayırım yapmadan, merkezi ve yerel tüm

kamu hizmetlerinin özel sektöre gördürülebilmesine imkan tanımaktadır. Yukarıda açıkladığımız gibi, esas olarak kamu gücü kullanımı ve kamu yükümlülüklerine tabi olmakla belirlenen “genel idare esasları”na göre yerine getirilen kamu hizmetleri de tamamen özel sektöre gördürülebilecektir. Hatta uç bir örnek düşündüğümüzde, devletin egemenlik yetkisinin açıkça kullanıldığı güvenlik hizmetlerinin (kolluk) üretilmesi konusunda da bir istisna yoktur. Örneğin, merkezi idare kamu düzenini sağlamak için özel güvenlik şirketlerinden yararlanabilecektir. Ya da, bir belediye zabıta hizmetleri için aynı yola başvurabilecektir.

Ayrıca Taslağın 10.maddesi, kamu hizmetleri arasında herhangi bir nitelik farkı gözetmediği gibi özel kesime devrin türleri ve kapsamı bakımından da bir sınırlama bulunmamaktadır.

İdarenin üstlendiği kamu hizmetlerini, herhangi bir nitelik farkı gözetmeksizin ve herhangi bir kapsam sınırı getirmeden özel kesime gördürme olanağı tanıyan 10.madde, Anayasa’nın 128. maddesine aykırıdır.

### **B. Yasama Yetkisinin Devredilmezliği ve İdarenin Yasallığı Kurallarına Aykırılık**

Hukuk sistemimizde, devlet organları arasındaki görev ve yetki bölüşümünü yapan Anayasa, toplumsal yaşamın hukuksal çerçevesini düzenleyecek kurallar koyma yetkisini, yasama organına yani TBMM’ye vermiştir. Devletin somutlaşmış biçimi olan idare yasalarla çizilen bu hukuksal çerçeve içinde faaliyette bulunur. İdarenin, yasalar çerçevesinde kalarak ve yasalara aykırı olmamak üzere genel ve soyut hukuk kuralları koyabilmesi (düzenleme yapabilmesi) yetkisi dahilindedir.

İdare ile yasa (ve dolayısıyla yasama organı) arasındaki ilişki Anayasa’da açık ve net biçimde kurgulanmıştır.

### **İdare ile Yasa Arasındaki İlişki**

<b>Yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi</b>	<b>İdarenin yasallığı ilkesi</b>	
<b>Anayasa m.7</b> “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindir. Bu yetki devredilemez.”	<b>Genel Kural:</b> Any.m.123 “İdare, kuruluş ve görevleriyle ... kanunla düzenlenir.	<b>Anayasada belirtilen koşulları:</b> Örn. Any. m.127/II “Mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri ... kanunla düzenlenir.” <b>ayrıca yasallık</b>

Tasarının incelemekte olduğumuz 10. maddesi, merkezi ve mahalli idarelerin yürütmekle görevli oldukları kamu hizmetlerini özel teşebbüse gördürebileceğine ilişkin bir düzenleme yapmaktadır. Yasa ile yapılan bu düzenlemenin Anayasa’nın, “yasama yetkisinin devredilmezliği” ve “idarenin yasallığı” ilkelerine aykırı olmaması gerekir.

Bir alanın kanunla nasıl düzenlenmiş olabileceği, yani bir alanının kanunla düzenlenmiş sayılabilmesi için hangi açıklıkta, derinlikte ve ayrıntıda düzenleme yapılması gerektiği Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında ortaya konmuştur. Bunun önemi, yetersiz düzenlemenin, idareye yasama yetkisi devretme anlamına gelmesidir.

Örneğin, yasanın sadece ismini anarak, konuyu belirterek düzenleme yapması idareye o alanda istediği kararları alma, düzenlemeler yapma yetkisi verir ki, bu da Anayasanın yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı olur.

Ayrıca, yapılan yasal düzenlemenin yeterli belirliliğe sahip olmaması, idarenin yargısal denetimini de güçleştirecektir. İdari işlemlerin yasallığını denetleyen yargıcın elinde açık yasal belirlemeler ve ilkeler bulunmaması, idare üzerindeki yargı denetiminin gevşemesi sonucunu doğurur.

Belirtildiği gibi, yasa ile düzenlemenin ve idarenin yasallığı ilkelerin anlamı konusunda Anayasa Mahkemesinin, içtihadı dönüşmüş pek çok kararı vardır.

Örneğin Anayasa Mahkemesi, 22.6.1988 tarihli kararında, eski kararlarına da atıf yaparak yasallık ilkesine açıklık getirmektedir:

“Anayasa Mahkemesi’nin konuya ilişkin kararlarında ortaya koyduğu ölçütlere göre, yasa koyucu, genel kuralları koyarak yönetime, takdir yetkisine göre düzenleyebileceği bir alan bırakırken, Anayasa’nın öngördüğü yönetimin yargısal denetiminin etkinliğini engellemeyecek nesnel kurallara bağlamalıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, 25.10.1969 tarih ve Esas : 1967/41, 1969/57 Karar sayılı kararında; “Hukuk devletinde, Devlet yönetimi, nesnel kurallarıyla olur ve hukuk devletinde bu türlü düzenlemelerin bütün yurttaşlara olabildiğince fırsat eşitliği sağlayacak biçimde olmasına engellik edecek koşulları kapsamaması gerekir. Bütün bunlar, temel ilkelerin hepsinin yasa koyucu tarafından konulması ve ancak yasa koyucunun uygun göreceği ayrıntıların yürütmece düzenlenmesi yolunun seçilmesini zorunlu kılar.” denilmekte, nesnel kurallara bağlamanın “temel esaslar”ın ya da “temel hükümler”in yasada yer alması, “uzmanlık” ve “yönetim tekniği”ne ilişkin konuların düzenlenmesinin ise, yürütme organına bırakılması yolu ile sağlanacağı belirtilmektedir.

Yine Anayasa Mahkemesi, 4.2.1966 tarih ve Esas 1965/32, Karar: 1966/3 sayılı kararındaki “Yasama organının sınırları belli edilen konularda yürütme organına düzenleme görevi verebilmesi hususunun öğretilde kabul edildiği bilinmekle beraber, bunun yasa koyucuya belli konuların bir yasa ile düzenlenmesi görevinin Anayasa ile özel olarak verilmiş olması hallerine kadar uzatılmasına olanak bulunmamaktadır. Zira bu hallerde, yasa koyucunun, Anayasa ile kendisine verilmiş olan düzenleme görevini idareye devretmesi, hem görevi veren Anayasa kuralına, hem de Anayasa’nın 5. maddesindeki yasama yetkisinin devrolunamayacağı kuralına aykırı olur.” görüşüyle konuyu belirginleştirmiştir. Demek oluyor ki, 1876 tarihli Kanun -u Esasi’den bu yana tüm Anayasaların duyarlı ve tutarlı biçimde koruduğu “yasallık ilkesi” ... AM. E.1987/18, K.1988/23, k.t. 22.6.1988).”

Aktardığımız ilk paragraf, yasa ile düzenleme yapmanın ne anlama geldiğini ve yasal düzenlemeden sonra idareye kalan düzenleme alanının ne olduğunu açıklıkla ortaya koymaktadır. İkinci paraf ise, yukarıda oluşturduğumuz tablonun son kutusundaki durumu açıklamaktadır: İdarenin yasallığı konusundaki genel anayasal ilkeye ek olarak bazı konularda Anayasanın kimi hükümlerinde ayrıca ve özel olarak yasallık ilkesinin vurgulandığı durumlarda, yasal düzenlemenin daha somut ve idarenin düzenleme alanının daha dar olması gerektiğini belirtmektedir.

Taslağın 10. maddesi, kamu hizmetlerinin özel girişimcilere gördürülmesi konusunda herhangi bir ilke koymamakta sadece bir yetkilendirmede bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi, bu tip salt yetkilendirmeleri yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı görmektedir.

Anayasa Mahkemesi, ilkeyi açıkça ortaya koymaktadır: “Anayasa’da yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına, genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilemez. Yürütmeye devredilen yetkinin Anayasa’ya uygun olabilmesi için, yasada temel hükümlerin ya da temel esasların belirlenmesi, ancak uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konuların düzenlenmesinin yürütme organına bırakılması gerekir. Kuşkusuz yürütme organının yasayla yetkili kılınmış olması, yasayla düzenleme anlamına gelmez. Anayasa’nın 8. maddesinin yürütme yetkisi ve görevinin Anayasa’ya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir hükmünün anlamı da budur.”

Mahkeme daha sonra bu kuralı Emekli Sandığı mallarının satışını öngören 4227 sayılı Yasa’ya uygulamaktadır. İncelediğimiz 10. madde ile düzenleme mantığı bakımından büyük benzerlik gösteren dava konusu maddeyi aktaralım: "Sandığın doğrudan hizmetleriyle ilgili olmayan gayrimenkulleri, Sandık Yönetim Kurulunun kararı, Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca belirlenecek usul ve esaslara göre satılabilir." Anayasa bu hükmü iptal etmiştir. Yasalaşması ve dava konusu edilmesi halinde 10. maddeyi de iptal edeceği gibi. İptal gerekçesine göre, “Sandığın hizmetleriyle doğrudan ilgisi bulunmayan taşınmazların, Sandık Yönetim Kurulu’nun kararı ve Maliye Bakanlığı’nın teklifi üzerine, Bakanlar Kurulu’na belirlenecek usûl ve esaslara göre satılabileceği öngörülmüş, böylece, satışa ilişkin esas ve usûllerin neler olacağı yasakoyucu tarafından belirlenmeyerek, bu konular tümüyle yürütme organının takdirine bırakılmıştır. (Bu) ... kuralla, bir kamu kuruluşu olan Emekli Sandığı’nın hizmetleriyle ilgisi bulunmayan taşınmazlarının satışıyla ilgili tüm yetkiler Bakanlar Kurulu’na bırakılmış ve Bakanlar Kurulu’na kural koyma olanağı verilmiştir. Açıklanan nedenlerle ... yasama yetkisinin devredilemeyeceğini öngören Anayasa’nın 7. maddesine aykırılık oluşturmaktadır. İptali gerekir. (AM., 1997/36, K.1997/52, k.t. 20.5.1997).”

Özetle, Kamu Yönetimi Temel Kanunu Taslağının *merkezi idare ve mahalli idarelerin, uygun gördükleri hizmetleri, özel sektöre gördürülebileceklerini* öngören 10.maddesi, temel esasları, ilkeleri ve yöntemleri belirlemediği, yeterli açıklık ve somutlukta bir düzenleme getirmediği için, Anayasa’nın, yasama yetkisinin devredilmezliğini öngören 7.maddesi ile idarenin yasallığı ilkesini öngören 123.maddesine aykırıdır.

İncelediğimiz Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı’nın açıkça anayasaya aykırı olan temel nitelikteki düzenlemelerinden biri de yargı yetkisinin kullanımını Anayasa ile yetkili kılınmamış bir “kişiye” vermesidir. Üçüncü başlık altında bu noktayı ele alacağız.

### **III. “Mahalli İdareler Halk Denetçisi”nin İdari Yargı Yetkisini Kullanması**

Kamu Yönetimi Temel Kanunu Taslağının 41. maddesi ile “mahalli idareler halk denetçisi” kurumu getirilmektedir. Maddeye göre, “Her ilde, mahalli idareler ve bunlara bağlı kuruluşlar ile bu idareler tarafından kurulan birlik ve işletmelerin, gerçek ve tüzel kişilerle ilgili işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluğunu değerlendirmek, aralarındaki anlaşmazlıkların çözümüne yardımcı olmak üzere bir halk denetçisi seçilir.”

Anayasanın 125. maddesinin I. fıkrasına göre, “*idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.*” Aynı maddenin IV. fıkrası ise, bu yargı denetiminin ne anlama geldiğini ve sınırlarını düzenlemektedir: “*Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır.*”

Anayasanın bu hükmüne aykırılık doğmaması için, Taslağın 41. maddesinin yazımında, işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunu “*değerlendirmek*” ifadesi kullanılmıştır. Değerlendirmek ile denetlemek elbette farklıdır. Ancak bu farka rağmen, Anayasa’ya aykırılığın neden ortadan kalkmayacağına aşağıda değinilecektir.

Taslağın getirdiği halk denetçisi, dünyada örnekleri olan *ombudsman* kurumunu hatırlatmaktadır. Bu tip denetim yapıları, idarenin “hukuka aykırı” işleyişinden ziyade idarenin “kötü” işleyişini konu edinirler. Örneğin, Parliamentary Commissioner’ının görev alanını, “*kötüyönetim sonucu oluşan haksızlıklar (sustained injustice in consequence of maladministration)*” oluşturur. *Maladministration*, kısaca idarenin kötü, kusurlu işleyişini anlatır. Ombudsman türü kurumların yetkisi de mahkemelerin idare üzerindeki denetimiyle kavranamayacak noktaları kapsar. (Bu kavram için bkz. De Smith, Woolf & Jowel, **Judicial Review of Administrative Action**, London, Sweet & Maxwell, 1995, s.44).

Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı ile böylesi tamamlayıcı bir kurum yaratılmak istenilmiş olabilirse de kurumun yasadaki düzenleniş biçimi amaca uygun değildir.

Taslağa göre, halk denetçisini, il özel idaresinin genel karar organı olan il genel meclisi, belirli koşulları taşıyan vatandaşlar arasından seçecektir. (Bu noktada, yukarıda, Anayasanın 128. maddesine ilişkin olarak yaptığımız değerlendirmeler hatırlanmalıdır.) Seçilen halk denetçisi, görevi süresince kamuda veya özel sektörde herhangi bir ücretli işte çalışamayacaktır. Ücretli işten söz edilmekte Yasada ticaret yapmasına ilişkin bir engel bulunmamaktadır.

Halk denetçisine yapılacak başvuruların nasıl yapılacağı ve inceleneceği sanki bir yargılama süreciymiş gibi düzenlenmektedir. Bu ayrıntılara girmiyoruz. Başvuru zorunlu değil, seçimlidir. Dava açma hakkını ortadan kaldırmaz.

Halk denetçisi, hukuka aykırı görülen işlemler konusunda, idareye önerilerde bulunabilir. İşlemleri iptal etme veya işlem ve eylemlerden doğan zararlar konusunda tazminat kararı verme gibi bir yetkisi bulunmamaktadır. Ancak, halk denetçisine başvuru, idari dava süresini durdurduğuna göre, idari işlem veya eylemdeki hukuka aykırılığın halk denetçisinin kararı ile giderilebileceği düşünülmüştür.

İdari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluk denetimi yapmakla yetkili olan bir idari yargı düzenin bulunduğu sistemde, bu sistemin önüne, ihtiyari başvurularla devreye girse de, yine “hukuka uygunluk” değerlendirmesi (aslında denetimi) yapan bir birimin eklenmesi sorunludur. İlk akla gelen sorun, kendisi de idari bir birim olacak olan halk denetçisinin kararlarının idari yargı denetimine tabi olup olamayacağıdır. Ayrıca, halk denetçisi ile idari yargı kararlarının farklı sonuçlara varması da karmaşa ve olumsuz sonuçlar yaratacaktır. Halk denetçisinin hukuka aykırı bulduğu bir idari işlem hakkında, idarenin bu saptamanın gereklerini yerine getirmemesi halinde ilgili idari yargıya gitmesi üzerine mahkemenin iptal talebini reddetmesi durumunda ne olacaktır? Bir yandan “seçilmiş” halk denetçisinin hukuka aykırılık saptaması öte yanda Türk milleti adına karar veren bağımsız mahkemenin hukuka uygunluk kararı. Elbette



mahkeme kararı Anayasa gereği bağlayıcıdır. Ancak esas sorun, bu durumun sıklaşması halinde yargının yaşacağı güven bunalımı olacaktır.

Anayasaya göre “*yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır (m.9).*” Böylesi bir durumda, Türk Milleti adına yargı yetkisi kullanan bağımsız mahkemeler, idari işlemlerin hukuksal denetimi konusunda yetkilerini, hukuken olmasa da fiilen paylaşmış olacaklardır. Taslağın getirdiği düzenleme, bağımsız mahkemelerin yargı yetkisi tekeli fiilen kaldıracağı için Anayasanın 9.maddesine aykırıdır.

## SONUÇ

Manifesto, “Avrupa’da bir hayalet dolaşıyor - Komünizm hayaleti. Avrupa’nın tüm eski güçleri bu hayalete karşı kutsal bir sürgün avı için ittifak halindeler” diye başlar. Bugün Türkiye’de bir hayalet dolaşıyor -liberalizmin hayaleti, ama Türkiye’nin tüm ilerici güçleri bu hayalete karşı bir ittifak içinde değiller. Bu güçlerin bir kısmı, kurtuluş ümitlerini bu hayaletin korkutuculuk gücüne bağlamışlar. Bugüne kadar, Türkiye’de kapitalist piyasa ilişkilerine karşı kazanılmış tüm mevziileri (ve kimileri ruhlarını) *bir çırpıda* terk etmeye hazırlar.

Bu kadar kolay geri basmak istemeyenler için hukuk sistemimizde, toplumsal tepkileriyle birleştirebilecekleri hukuksal dayanak noktaları mevcut. Yukarıda, Türk idari sistemini, piyasa odaklı bir anlayışla bütünüyle değiştirmeyi hedefleyen Kamu Yönetimi Genel Kanunu Tasarısı özelinde bunun bir örneğini vermeye çalıştık. Geliştirilen savların savunulması, iktidarın yükünü, yasa çıkarmaktan Anayasayı değiştirmeye dönüşecektir.

Yerel ortak ihtiyaçların karşılanması sosyolojik gerçekliğinin, hukuk tarafından tanınmasıyla tüzelkişilik (teşkilat, personel, malvarlığı ve devlet adına irade açıklama gücü) verilen mahalli idarelerin varlıkları, bu ihtiyacın alanıyla sınırlıdır. Bu sınırlı coğrafyada, sınırlı görevlerle yetkilendirilmiş mahalli idarelere, varlık nedenleriyle ilgisi olmayan ve nitelik olarak ulusal ölçeği esas alan hizmetlerin verilmesi, bu birimlerin hukuki ve sosyolojik yapısı üzerinde önemli dönüşümler yaratacaktır.

Yeni yetki ve görev paylaşımı, siyasal parçalanma getirir mi sorusu tamamen spekülatif düzleme ait akıl yürütmeleri gerektirir. Bununla birlikte, görev dağılımındaki böylesi bir kaymanın, ulus-devletin, kapladığı tüm coğrafyada, bütünleşik bir ulusal pazar yaratma, ulusu oluşturan vatandaşlarına devletin hizmetlerini (-iktidarını değil) eşit olarak taşıma iddiasından vazgeçmesi anlamına geldiği açıktır.

Kapitalizmin (piyasanın) dağıtıcı, sistem dışına itici ve ağır gelir eşitsizlikleri ve bölgesel kalkınma dengesizlikleri yaratıcı etkisine karşılık, eşitlik ve adalet talebinin anlamlı olabildiği ve müdahale gücüne sahip alanın, yani siyasal (kamusal) alanının, açıkça veya mümkün olduğunca küçük parçalara bölünerek daraltılması yerel demokrasiyi güçlendireceği gerekçesiyle katlanılabilir nitelikte bir tercih olmamalıdır. Siyasal iktidarın, küçük yerel birimlerde katılımcı mekanizmalarla demokratikleşmesi ancak, katılınacak siyasal/kamusal alanın tam ve güçlü olması ile anlamlıdır. Yerelleşmeye, piyasa tarafından işgal edilmiş, mümkün olduğunca metalaştırılmış (yani pazarın ilkeleriyle işletilen) bir kamusal alanın eşlik etmesi, katılımı anlamsızlaştırır ve çıkar gruplarının yoğun ve aktif lobicilik faaliyetlerinden oluşan bir demokrasi ortaya çıkarır. (ABD’deki yerel ve ulusal demokrasinin işleyişine göz atmak bu sonuca varmak için yeterlidir.)

Devlet hizmetleri ve iktidarının örgütlenmesinde temsili yerel yönetim birimlerinin tercih edilmesi ancak yerel kamu hizmetlerinin genişletilmesi ve derinleştirilmesi (yani, hizmetlerin piyasaya gördürülmeyip bizzat kamu örgütlenmesince yerine getirilmesi) halinde geniş halk kesimleri ve demokrasi için anlamlı olabilir.

4.11.2003

Ankara